



Roj: **SAP SA 272/2015 - ECLI:ES:APSA:2015:272**

Id Cendoj: **37274370012015100272**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Salamanca**

Sección: **1**

Fecha: **04/06/2015**

Nº de Recurso: **123/2015**

Nº de Resolución: **158/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JUAN JACINTO GARCIA PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

SALAMANCA

SENTENCIA: 00158/2015

SENTENCIA NÚMERO 158/15

ILMO. SR. PRESIDENTE:

DON ILDEFONSO GARCIA DEL POZO

ILMOS. SRES. MAGISTRADOS:

DON JUAN JACINTO GARCIA PÉREZ

DON EDUARDO A. FABIAN CAPARRÓS

En la ciudad de Salamanca a cuatro de Junio de dos mil quince.

La Audiencia Provincial de Salamanca ha visto en grado de apelación el **JUICIO ORDINARIO N° 463/13** del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Salamanca, **Rollo de Sala N° 123/15**; han sido partes en este recurso: como demandante-apelado **DON Eutimio** representado por la Procuradora Doña Berta Fernández Holgado y bajo la dirección del Letrado Don Oscar Sanz Hernanz y como demandada-apelante **BANCO POPULAR ESPAÑOL, S.A.** representado por el Procurador Don Miguel Angel Gómez Castaño y bajo la dirección de la Letrada Doña Ana Arroyo Marín, habiendo versado sobre declaración de **nulidad de la cláusulacontractual denominada suelo-techo.**

ANTECEDENTES DE HECHO

1º.- El día 12 de Enero de 2015 por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de Primera Instancia N° 4 de Salamanca se dictó sentencia en los autos de referencia que contiene el siguiente: "FALLO: ESTIMAR PARCIALMENTE la demanda interpuesta por la Procuradora Sra. Fernández Holgado en nombre y representación de D. Eutimio , contra BANCO POPULAR ESPAÑOL, S,A., y en consecuencia, DECLARAR la nulidad de pleno derecho por abusiva de la condición general de la contratación establecida en la Estipulación 3.4 del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado entre las partes y autorizado en escritura pública de fecha 23 de Mayo de 2003, que establece un "LIMITE A LA VARIACIÓN DEL TIPO DE INTERES APLICABLE: No obstante lo previsto en los apartados anteriores, se acuerda y pacta expresamente por ambas partes que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50%", y CONDENAR a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato, así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de interposición de la demanda hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue. Con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia."



Con fecha 21 de enero de 2015 se dictó Auto aclaratorio cuya parte dispositiva es como sigue: "Acuerdo: Estimar la petición formulada por la parte actora de aclarar la sentencia dictado con fecha 12 de Enero de 2015 , en los siguientes términos: En el párrafo segundo del Fundamento de derecho quinto: Donde dice: "Sin embargo, habiendo existido requerimiento judicial por parte de la actora a la demandada...." Debe decir: "Sin embargo, habiendo existido requerimiento extrajudicial por parte de la actora a la demandada...." En el fallo de la sentencia donde dice: "... así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de la fecha de interposición de la demanda hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue"... . Debe decir: "...así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de reclamación extrajudicial para la eliminación de la cláusula litigiosa hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue"... .

2º.- Contra referida sentencia se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación jurídica de la parte demandada, quien después de hacer las alegaciones que estimó oportunas en defensa de sus pretensiones terminó suplicando se dicte resolución estimatoria del mismo acordando revocar la sentencia recaída en la instancia, en el sentido de desestimar íntegramente la demanda formulada por Eutimio , absolviendo a mi mandante de cuantas peticiones se formulan en la misma, todo ello con expresa imposición de costas al demandante y cuanto demás proceda en Derecho.

Dado traslado de dicho escrito a la representación jurídica de la parte contraria por la misma se presentó escrito en tiempo y forma oponiéndose al recurso de apelación formulado para terminar suplicando se desestime el recurso de apelación, confirmando la resolución apelada, con la preceptiva condena en costas a la apelante.

3º.- Recibidos los autos en esta Audiencia se formó el oportuno Rollo y se señaló para la **votación y fallo** del presente recurso de apelación el día **catorce de mayo de dos mil quince** pasando los autos al Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente para dictar sentencia.

4º.- Observadas las formalidades legales.

Vistos, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON JUAN JACINTO GARCIA PÉREZ** .

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO .- Por el Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad se dictó sentencia, con fecha 12 de enero de 2015 (aclarada por auto del día 21 siguiente), la cual, estimando parcialmente la demanda promovida por el demandante, Eutimio , contra la entidad demandada Banco Popular Español, S.A., declaró la nulidad de pleno derecho, por abusiva, de la condición general de la contratación, establecida en la estipulación 3.4 "sobre límite a la variación del tipo de interés" del contrato de préstamo con garantía hipotecaria firmado entre las partes y autorizado en escritura pública de fecha 23 de mayo de 2003, condenando a la entidad demandada a eliminar dicha cláusula del referido contrato, así como a devolver las cantidades que se hayan cobrado por su aplicación desde la fecha de la reclamación extrajudicial para la eliminación de la cláusula litigiosa, hasta la efectiva eliminación de dicha cláusula, con más el interés legal que se devengue; con condena a la demandada al pago de las costas procesales causadas en esta instancia.

Y contra dicha sentencia se ha interpuesto recurso de apelación por la representación procesal de la entidad demandada Banco Popular Español, S. A., por el que, con fundamento en las alegaciones realizadas por su defensa en el correspondiente escrito de interposición de tal recurso, se interesa su revocación y que se dicte otra desestimando en su integridad las pretensiones de la demanda promovida por el señalado demandante, absolviéndola de cuantas peticiones se formulan en la misma, todo ello con imposición a la parte actora de las costas correspondientes y cuanto demás proceda en derecho; articulando el recurso bajo dos motivos o alegaciones intituladas: "*Infracción de los arts. 217 y 218. 2 en relación con los arts. 319 , 326 y 376 de la LEC . Error en la valoración de la prueba practicada en el presente procedimiento. Sobre el cumplimiento por mi mandante de la normativa en materia de transparencia*"; y "*De la eficacia no retroactiva de la nulidad de la cláusula de limitación del tipo de interés; inobservancia de la jurisprudencia de la Sala Primera del TS*".

SEGUNDO .- Como en supuestos similares que han afectado al mismo Banco demandado, se van a examinar por la Sala, por su orden, las alegaciones impugnatorias de la sentencia recurrida relativas a la declaración de abusividad y nulidad de la denominada cláusula suelo, y la no retroactividad de la nulidad de la misma, las cuales, ya debe anticiparse, como en aquellos otros casos, a la vista de su contenido, han de venir parcialmente estimadas, en concreto la segunda de ellas, con los matices que se dirán.

Una vez más, la entidad mercantil apelante impugna de la sentencia recurrida la declarada nulidad de la cláusula tercera del préstamo hipotecario litigioso de 23-5-2003, (apartado o epígrafe 3.4 de la misma) referida a la variación del tipo de interés inicial hasta el 4-5-2004 (4% nominal anual), de la que deriva la condena a devolver las cantidades pagadas en su aplicación desde la interpelación extrajudicial hasta su completo



pago y, consiguientemente, en el primero de los motivos alegados, en síntesis, sostiene que yerra la sentencia de instancia, con infracción de los preceptos de la LEC que se citan, al concluir, en base a las probanzas practicadas en el procedimiento, que la cláusula señalada ("cláusula suelo") declarada nula, no es clara o transparente, es decir, no supera el doble control de incorporación y transparencia, cuando lo probado, fundamentalmente con el propio tenor y redacción de la escritura hipotecaria, amparada por la fé pública notarial, es que al demandante el Banco demandado le facilitó, con la debida diligencia y buena fe, información adecuada y suficiente sobre la inclusión de dicha cláusula en el contrato, su contenido, significado, alcance y consecuencias económicas, etc., lo que demostraría su previa negociación, tal y como se hace constar por el Sr. Notario autorizante, etc.; y destacándose, además, que la cláusula litigiosa vino inserta en un apartado independiente y destacado del resto de pactos y condiciones de la escritura de novación, y presenta una redacción sumamente clara y comprensible para cualquier persona, bastando con leerla para entenderla, por lo que los demandantes entendieron y aceptaron de antemano sus términos, alcance, y consecuencias con pleno conocimiento...

En definitiva, que, la falta de claridad de la cláusula litigiosa no es tal, que no hubo falta de información en su comercialización y ulterior contratación, por lo que el cumplimiento del control de incorporación y de transparencia, por su parte, fue total y completo.

Dicho esto, entrando a dar contestación a dichos argumentos, en primer término, ha de significarse que la cláusula sobre "intereses" (que es la tercera, folio 40 y siguientes de los autos) de la escritura de 23-5-2003 firmada por el entonces Banco de Castilla, S.A., y el demandante recurrido, presenta varios epígrafes o subapartados que conviene reseñar; así, en el epígrafe 3.1.- *Tipodeinterésinicial*- se consigna un primer periodo temporal de interés fijo que se extendería hasta el 4-5-2004, en el que habría de aplicarse el tipo de interés nominal del 4% anual"; seguidamente, en el epígrafe 3.2, - *Variacióndeltipodeinterésinicial*- se puntualiza que a partir del 4-5-04, el tipo de interés anual aplicable a las liquidaciones que se produzcan será el resultado de: a) la adición, en todo caso, de un margen de 1,25 puntos porcentuales al tipo de interés de referencia (euribor), y, b) la sustracción de una tasa de bonificación sobre la resultante de la adición anterior, en los casos que corresponda de acuerdo con lo previsto en el siguiente punto....; pasando a añadirse luego que a tales efectos se establece como tipo de interés de referencia el tipo interbancario a un año, euribor, publicado mensualmente en el BOE, etc., y a fijar un extensísimo apartado, confuso y oscuro, relativo a la fijación de la "tasa de bonificación"; para terminar la cláusula aludiendo (esto es lo que más interesa), en el sub-epígrafe 3.4, al LIMITE A LA VARIACION DEL TIPO DE INTERES APLICABLE, señalando que no obstante lo previsto en los apartados anteriores, (*apartados que sedespliegan en numerosos folios*) se acuerda y pacta expresamente, por ambas partes, que el tipo de interés nominal anual mínimo aplicable en este contrato será del 3,50%...

Con arreglo a ello, la declaración de abusividad de la cláusula suelo litigiosa, alcanzada en la resolución recurrida, se estima acertada y congruente con la doctrina sentada, entre otras, en la STS (Pleno nº 241) de 9-5-2013 y en la anterior (nº 118), de 18 de junio de 2012, y posterior del mismo Pleno de 8 de septiembre de 2014, por cuanto que, efectivamente, se coincide con dicha resolución en que debe negarse la concurrencia de la transparencia y comprensibilidad real debidas a dicha concreta cláusula suelo, incorporada al regular los intereses ordinarios para los periodos sucesivos, etc., ex art. 80. 1, del TRLGDCYU, por información deficiente, confusa, no unívoca y bastante por parte del Banco respecto de las consecuencias de la misma, por cuanto a dicha cláusula,- que aparenta claridad en el último de sus epígrafes, no tanto en su conjunto total u omnicompreensivo-, se le superponen otras distintas y otros hechos que pasamos a mencionar y que la convierten en ciertamente confusa, dudosa y compleja.

Ya tenemos dicho que deviene estéril el debate de si dicha cláusula constituye o no una condición general de contratación, sujeta a la normativa protectora de la LGCGC, o más bien forma parte de aquéllas que configuran el precio del contrato y, en consecuencia, vino negociada individualmente por los contratantes bajo el cobijo del principio de la autonomía de la voluntad, ex art. 1255 del Código Civil, pues, en uno u otro supuesto, -también en el segundo-, es indubitado que se trata de un elemento definitorio del objeto principal de un contrato celebrado entre un profesional y un usuario de banca o **consumidor**, y, por ello, ha de respetar, el primero, conforme al principio de la buena fe contractual, el mínimo canon de transparencia, información y claridad, que, hemos de recordar, puede, incluso, requerir de la acreditación de la verificación de simulaciones de escenarios diversos relacionados con el comportamiento razonablemente previsible del tipo de interés en el momento de contratar y de una información previa y comprensible sobre el coste comparativo con otras modalidades de préstamo de la propia entidad -caso de existir-, o advertencia de que dado el concreto perfil de cliente que presentaba no se le ofertaban las mismas; parámetros éstos que sirven para que el **consumidor** no perciba la cláusula suelo como inescindible del objeto principal al contratar, etc.

TERCERO .- En este sentido, un primer hecho negativo que incide en considerar que no supera ese control de transparencia exigible cuando está incorporado a un contrato con **consumidores**, como es el analizado en el



presente caso, lo constituye el incumplimiento de la normativa entonces y ahora también vigente en relación a la "oferta vinculante".

Este documento que, como es sabido, las entidades de crédito en general estaban y están obligadas a entregar al cliente conteniendo todas las condiciones financieras del préstamo hipotecario y con una validez no inferior a diez días hábiles a partir de su fecha de entrega, conforme a la Orden Ministerial de 5 de mayo de 1994, sobre transparencia de las condiciones financieras de los préstamos hipotecarios (Orden vigente en agosto de 2007) debía estar firmada por el cliente AL ME **NO** S tres días antes de la firma de la escritura de la hipoteca si afectaba a hipotecas nuevas con límite de 150.253, 03 euros, cual acontece en este supuesto; obligación estricta mantenida a partir del 8 de diciembre de 2007 para hipotecas de cualquier importe por mor de la Ley 41/2007, de 7 de Diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de Marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, (BOE 8-12-2007), y que afecta también en los casos de subrogación de hipoteca existente con novación, etc.

Incumplimiento, decimos, porque por ningún lado aparece acreditado que la preceptiva oferta vinculante en este concreto supuesto fuera firmada en la fecha que se dice por el banco demandado (un mes antes de la firma de la escritura pública) por parte del cliente o usuario de banca, hoy apelado, quien ha declarado en el acto del juicio que firmó la oferta vinculante el mismo día de la firma de la escritura de préstamo hipotecario y, además, que ningún empleado del banco le informó debidamente de la existencia de dicha cláusula, de otras opciones de financiación, etc.

Lo cierto es que el documento o escrito que contiene la oferta vinculante que se encuentra unido al folio 23 del proceso, fechado el 12-5-2003, no aparece firmado por el actor Eutimio en el apartado de recepción o entrega..., sin que conste que el banco recurrente haya aportado por su parte copia del citado documento de oferta vinculante debidamente firmada.

Este hecho, pone seriamente en entredicho la realidad de la negociación e información precontractual adecuada y suficiente que el Banco recurrente preconiza, en su escrito de recurso, en tanto que se mediatizó indiscutiblemente la libertad de adhesión contractual de los prestatarios, su facultad de elección consciente entre las ofertas existentes en el mercado... La falta de acreditación de la entrega en plazo legal de la oferta vinculante, aparte de suponer la inobservancia de las exigencias legales y reglamentarias antes reseñadas, (con insatisfacción de los fines de los vigentes arts. 6 y 23. 5 de la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección del cliente de servicios bancarios, o sea, los de facilitar al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares, la cual deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la *debidaantelación* en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta; y que salvo que medien circunstancias extraordinarias o no imputables a la entidad, la oferta vinculante tendrá un plazo de validez no inferior a catorce días naturales desde su fecha de entrega), es demostrativa de una patente insuficiencia en la información por el Banco demandado a la hora de la inclusión de la cláusula litigiosa.

De otra parte y, en todo caso, la alegada o invocada claridad de términos de la cláusula objeto de análisis queda desdibujada, empañada y oscurecida, si se pone en confrontación con otras cláusulas o condiciones pactadas en la misma escritura, de lo que resulta que se encuentra inserta entre una enmarañada cantidad de datos y circunstancias que la preceden que la hacen de difícil comprensión.

Por mucho que se diga que se introduce en un apartado supuestamente independiente y diferenciado del resto de pactos contractuales intitulado "Límite a la variación del tipo de interés aplicable", es lo cierto que en su conjunto el pacto relativo a la fijación de los intereses a devengar por el préstamo hipotecario no puede ser más prolijo, confuso y complejo, si se interrelacionan todas las cláusulas que abarcan dicho pacto, en especial la referente a la rebaja de la tasa de bonificación de acuerdo con el punto "3.2.4", que deviene impracticable siempre en cuanto que el interés variable resultante de adicionar al margen pactado al tipo de interés de referencia en cada momento vigente no va a experimentar reales reducciones o bonificaciones en función de los productos o servicios bancarios que el apelado pudiera tener suscritos o domiciliados con el banco apelante, etc.

La pretendida sencillez o claridad de la cláusula no es tal si no se la desliga, infundadamente, del resto de la regulación y no cabe desligarla por cuanto que la configuración del mínimo del interés nominal está en estrecha correlación con los contenidos de los epígrafes de tipo de interés inicial, variación del tipo de interés inicial, la tasa de bonificación, revisión del interés pactado, fecha de inicio de devengo de los intereses y su periodicidad, etc., todos ellos desarrollados en numerosas reglas y previsiones que componen más de 10 folios escritos..., con constantes reenvíos entre unos apartados o epígrafes y otros.



Si a ello añadimos que no cabe descartar el que, en realidad, los riesgos de oscilación del tipo mínimo de referencia daba cobertura, exclusivamente, a los riesgos que para la entidad crediticia pudieran tener las oscilaciones a la baja, frustrando las expectativas del **consumidor** de abaratamiento del crédito como consecuencia de la minoración del tipo de interés, entrando, pues, en juego una cláusula suelo previsible para el Banco, que convierte el tipo nominalmente variable al alza y a la baja, en fijo variable exclusivamente al alza, con desequilibrio perjudicial en su caso para el prestatario **consumidor**, hemos de ratificar que, efectivamente, ha quedado desdibujado el aparentemente claro significado de la cláusula discutida, en lo que toca, por su trascendencia, a la existencia de cobertura real no sólo de los riesgos que para el banco o entidad pudieran tener las oscilaciones o fluctuaciones a la baja, sino a la inversa.

En ese conjunto de cláusulas y las deficiencias en la emisión de la oferta vinculante determina que la Sala entienda que el actor como **consumidor** no fue informado debidamente de que cuando el tipo de interés bajara a determinados niveles, el préstamo se transformaba en préstamo a interés fijo variable solo al alza y no se beneficiaría de las bajadas del índice de referencia (en general el Euríbor).

En conclusión, acogiendo en este punto las alegaciones formuladas por el demandante en el escrito de oposición al recurso, la juzgadora a quo en ninguna errónea valoración del conjunto de la prueba incurrió al calificar la cláusula que aquí se examina de no clara, no comprensible, compleja y no transparente; la que, para ser acogida, ha de poner a las claras, como reiterada jurisprudencia enseña, una apreciación ilógica, arbitraria, contraria a las máximas de experiencia o a las normas de la sana crítica; es decir, que venga basada en deducciones o inferencias inverosímiles de acuerdo con dichas máximas y reglas.

Como en este caso, asimismo, lo cuestionado no ha sido la licitud de esta clase de cláusulas o disposiciones contractuales, sino más bien el hecho de que su transparencia permitió al **consumidor** demandante identificarlas como definidoras del objeto principal del contrato y conocer el real reparto de riesgos de la variabilidad de los tipos, y no probado el mismo, de acuerdo al art. 8.2 en relación con el art. 3. 1 de la Directiva 92/13 y con el art. 82.1 del TRLGDCYU, debe hacernos concluir el que la repetida cláusula deba reputarse abusiva y, por tanto, nula y por no puesta, ratificando en ello el pronunciamiento establecido al efecto en la sentencia recurrida, con desestimación íntegra de de este primer motivo.

CUARTO .- En el fundamento de derecho quinto de la sentencia impugnada se señala que no procede la aplicación retroactiva de los efectos de la declaración de nulidad de la citada cláusula primera sobre límite máximo al interés variable, pero que como se constata la existencia de un requerimiento judicial verificado por el actor en fecha 9 de agosto de 2012 (folios 87 a 93) y antes el 4-5-2010 (folio 194) al Banco demandado para que éste la dejara sin efecto y no la aplicara, o antes se le redujera el tipo de interés mínimo aplicable, no habiendo procedido el mismo a atenderlo obligando a los actores a presentar la demanda rectora de la presente litis, cabe considerar que aquella entidad incurrió en mora en el cumplimiento de sus obligaciones, y en ello se fundamenta la condena a la inaplicación de dicha cláusula desde la fecha de la reclamación o interpelación extrajudicial, con la consiguiente obligación de devolver o compensar las cantidades que tales actores hayan pagado con exceso si no se hubiese aplicado la cláusula nula desde ése momento.

Frente a dicho planteamiento, la recurrente considera, con apoyo en la jurisprudencia menor (de Audiencias Provinciales) que cita, que aun se mantenga la nulidad de dicha cláusula no procedería en ningún caso la condena a la devolución de las cantidades pagadas en su aplicación desde la fecha de la presentación de la demanda en sede judicial..., verificando la sentencia impugnada una aplicación retroactiva encubierta de la nulidad decretada, contraria a la doctrina sentada en la STS de 9-5-2013 , etc.

En primer lugar, hemos de repetir que tiene declarado esta Sala en supuestos idénticos que ha de darse la razón al Banco recurrente en el alegato referido a la impugnación del carácter retroactivo de la nulidad de la cláusula que se decreta en la sentencia de instancia. Y repetimos aquí los mismos argumentos: "*....sin dejar de reconocer cuál es el verdadero alcance de la jurisprudencia vinculante de la STS 241/2013, en la que se apoya la sentencia impugnada a efectos de declarar la abusividad y nulidad ya examinada, pero no para este otro concreto punto o tema de la irretroactividad de la sentencia, (la nulidad de la cláusula no debe afectar a la continuación del contrato ni a los pagos ya efectuados), no siendo de recibo (...)* escindir el fallo de la misma tomando aquello que sirve en un sentido, pero "interpretando" aquello en lo que no se coincide.

Lo cierto es que la meritada resolución del Alto Tribunal, independientemente de lo que resulte en un inmediato futuro dado que se está replanteando o ya se ha replanteado dicha cuestión con ocasión de otro recurso de casación, con comunicados ya en la prensa (finales de febrero pasado) de lo que será en su día doctrina sobre la retroactividad derivable de la nulidad de las cláusulas suelo, que se anuncia que será limitada, se decantó por la irretroactividad de los efectos de la declaración de abusividad de la cláusula suelo, esto es, por afirmar que su nulidad no afectará a las situaciones definitivamente decididas por resoluciones judiciales con fuerza de cosa juzgada, ni a los pagos ya efectuados en la fecha de publicación de la resolución judicial de que se trate (EN



CADA CASO), sin que proceda su restitución; criterio acogido, a día de hoy mayoritariamente, por las resoluciones de las Audiencias que se citan y que esta Sala hace suyas íntegramente.

Dicho de otra manera: aunque la sentencia recurrida, explícitamente, se basa en un retraso o "mora" que hace derivar de un supuesto incumplimiento contractual por no haber atendido el Banco demandado el requerimiento extrajudicial de fecha 10-7- 2013, olvidándose de que no se ejercita en este proceso, acumuladamente, acción resolutoria de contrato propiamente dicha alguna, ni menos de incumplimiento contractual strictu sensu, antes al contrario, se trata de una acción de nulidad o anulabilidad parcial del clausulado de un contrato, pero cuyo cumplimiento se pretende, debe el Tribunal ad quem puntualizar que esa devolución sólo procedería respecto a las hipotéticamente percibidas a partir de la resolución judicial que declara la susodicha nulidad (efectos ex nunc y no ex tunc), resultando también en este caso, sin hacer distinguos por el hecho de que se trate del ejercicio de acciones individuales o colectivas, exigible respetar el principio de seguridad jurídica en relación con la conservación de efectos ya consumados; por lo que en la nueva liquidación y recálculo de la deuda derivada del contrato de préstamo hipotecario que une a las partes, no se ha de tener en cuenta devolución o descuento alguno de cantidades ya pagadas en dicho concepto, sino a partir, en su caso, de la fecha de la sentencia de instancia de 1 de diciembre de 2014 , porque, además, el efecto restitutorio de las cantidades ya pagadas no puede siquiera producirse con efectos de 9 de mayo de 2013 para un Banco que no fue parte demandada en la sentencia de dicha fecha".

Pero, en segundo lugar, hemos de añadir que muy recientemente, en sentencia nº 125/2015, de 6 de mayo de 2015, esta Sala ha abundado en que debemos partir del criterio de que los efectos de la declaración de nulidad de la cláusula suelo deben tener efectos " *exnunc* ", toda vez que si la nulidad se funda en la doctrina fijada por el TS en su sentencia de 9 de mayo de 2013 , también debería aplicarse la misma doctrina en lo que respecta a la falta de efectos retroactivos de la nulidad, independientemente de si la nulidad se persigue mediante el ejercicio de acciones colectivas o individuales, no siendo de recibo escindir el fallo de la meritada sentencia para tomar aquello que sirve en un sentido de interpretar en otro muy diferente aquello otro en lo que no se coincide o interesa, etc., de modo que si se interpone reclamación judicial para declarar la nulidad de la cláusula suelo y ésta resulta fundada en los mismos argumentos de falta de información y transparencia recogidos en la doctrina del TS, es lógico aceptar que deba aplicarse también la doctrina establecida en la misma sobre la irretroactividad de sus efectos, etc.

Y como en la misma se argumenta que, a la vista de la nueva sentencia de la Sala 1ª del TS, de 25 de marzo de 2015 , que viene ya a proclamar, a las claras, como doctrina la del reconocimiento de efectos retroactivos de la nulidad de cláusulas suelo limitados justamente hasta la fecha de publicación de su anterior sentencia de 9 de mayo de 2013 , en el ánimo de unificar criterios entre Juzgados y Tribunales, debiendo así los bancos reintegrar los intereses indebidamente percibidos por ese concepto desde esa fecha hasta que se dicte sentencia definitiva, etc., en aplicación de la doctrina jurisprudencial ya fijada en dicha sentencia de 25 de marzo de 2015 del alto Tribunal, que corrige parcialmente la anterior establecida en la de 9 de mayo de 2013, ha de concluirse en el caso que nos ocupa, efectivamente, que este segundo motivo de impugnación ha de venir acogido en parte, sin necesidad de más consideraciones, quedando, a la postre, estimado parcialmente el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada-apelante, Banco Popular Español, S. A., y revocada, también, parcialmente la resolución impugnada, declarando sí la nulidad decretada en la misma respecto del apartado y epígrafe 3.4., de la cláusula tercera del contrato de préstamo hipotecario litigioso ("cláusula suelo"), pero a la vez que ésta no afectará a todos los pagos efectuados desde la formalización del contrato, que era lo pedido en la demanda, y sólo tendrá efectos a partir del día 9 de mayo de 2013.

QUINTO .- En cuanto a las costas, no procede hacer especial pronunciamiento en cuanto a las ocasionadas en ambas instancias, al ser estimadas parcialmente tanto las pretensiones de la demanda (no debió la sentencia de instancia imponer las costas de la primera instancia a la parte demandada por cuanto que en la misma, en verdad, sólo se llevó a cabo una estimación parcial y no plena de la demanda) como el recurso de apelación del Banco demandado, y ello de conformidad con lo establecido en los artículos 394. 2 , y 398. 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil , respectivamente, y con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido, en aplicación de lo prevenido en la Disposición Adicional Decimoquinta, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial .

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y en virtud de la potestad jurisdiccional conferida por la Constitución,

FALLAMOS

Estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, **Banco Popular Español, S. A.** , representada por el Procurador Don Miguel Ángel Gómez Castaño, revocamos parcialmente la sentencia



dictada por la Ilma. Sra. Magistrado-Juez del Juzgado de 1ª Instancia número 4 de esta ciudad, con fecha 12 de enero de 2015, (aclarada por auto de 21 del mismo mes) en el Juicio Ordinario nº 463/2013 del que dimana el presente rollo y, en su consecuencia, declaramos que siendo de mantener el carácter abusivo y nulo de la cláusula Tercera (apartado o epígrafe 3.4, "cláusula suelo") de la escritura de préstamo hipotecario de 23 de mayo de 2003 suscrita con el demandante Eutimio, sin embargo, dicha declarada nulidad sólo operará con efectos de 9 de mayo de 2013 y no afectará a los pagos ya efectuados hasta dicha fecha, y sin que proceda, por tanto, la devolución de las cantidades que por este concepto hayan sido pagadas por tal prestatario hasta la misma, manteniéndose los restantes pronunciamientos de la sentencia impugnada; todo ello, sin hacer especial imposición a ninguna de las partes de las costas causadas en ambas instancias y con devolución a la entidad recurrente del depósito constituido.

Notifíquese la presente a las partes en legal forma y remítase testimonio de la misma, junto con los autos de su razón al Juzgado de procedencia para su cumplimiento.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado, hallándose la Sala celebrando audiencia pública en el día de su fecha. Doy fe.-